

ПАО «МТС»

109147, г. Москва,
ул. Марксистская, д. 4

ПАО «Сбербанк»

117997, г. Москва,
ул. Вавилова, д. 19

АО «СмартКардЛинк»

123060, г. Москва,
ул. Расплетина, д. 3

125083, г. Москва,
ул. 8 марта, д. 10, к. Б3, стр. 4, комн. 35

РЕШЕНИЕ

«11» октября 2016 года

г. Москва

Комиссия Управления Федеральной антимонопольной службы по г. Москве по рассмотрению дел по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе (далее – Комиссия Московского УФАС России, Комиссия) в составе:

председателя Комиссии – Н.В. Орлова,

членов Комиссии – П.В. Олейника, А.А. Устиновой,

рассмотрев дело № 3-18-157/77-16, возбужденное по факту распространения посредством смс-сообщения на телефонный номер <...> рекламы «Константин Константинович, думаете, какой, вклад и в каком Банке выбрать для хранения своих сбережений? Мы поможем Вам выбрать и оформить вклад в любом нашем отделении, или Вы можете сделать это самостоятельно через Сбербанк Онлайн по ставке выше, чем в отделении: <https://online.sberbank.ru/index/do> Ваш Сбербанк», поступившей 25.02.2016 в 11:20 от отправителя 900, с признаками нарушения части 1 статьи 18 Федерального закона от 13.03.2006 № 38-ФЗ «О рекламе» (далее — Закон о рекламе), выразившегося в распространении рекламы посредством использования телефонной связи без предварительного согласия абонента на получение рекламы,

в присутствии представителя ПАО «МТС» в лице Фоменковой В.Е. (по доверенности № 0272/15 от 21.12.2015), ПАО «Сбербанк» в лице Мягченковой Н.А. (по доверенности № 198-Д от 24.03.2016),

УСТАНОВИЛА:

Дело № 3-18-157/77-16 возбуждено в отношении ПАО «МТС», ПАО «Сбербанк», АО «СмартКардЛинк» на основании обращения физического лица по факту распространения на телефонный номер <...> рекламы «Константин Константинович, думаете, какой, вклад и в каком Банке выбрать для хранения своих сбережений? Мы поможем Вам выбрать и оформить вклад в любом нашем отделении, или Вы можете сделать это самостоятельно через Сбербанк Онлайн по ставке выше, чем в отделении: <https://online.sberbank.ru/index/do> Ваш Сбербанк», поступившей 25.02.2016 в 11:20, отправитель 900.

Не установив оснований для отложения или приостановления рассмотрения дела, оценив в совокупности и взаимосвязи представленные доказательства, применив нормы законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия Московского УФАС России приходит к следующим выводам.

ПАО «МТС» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 20.08.2002 за основным государственным регистрационным номером 1027700149124, ИНН 7740000076, КПП 770901001.

ПАО «Сбербанк» является юридическим лицом, действующим на основании Устава, включено в Единый государственный реестр юридических лиц 16.08.2002 за основным государственным регистрационным номером 1027700132195, ИНН 7707083893, КПП 775001001.

АО «СмартКардЛинк» является юридическим лицом, действующим на 17.09.2002 за основным государственным регистрационным номером 1027700225453, ИНН 77734198004, КПП 772301001.

Поступление указанной рекламы на номер телефона +7-916-555-65-65 подтверждается фотографией экрана мобильного телефона, содержащей текст рассматриваемого сообщения, а также детализированной выпиской от оператора связи, представленной заявителем (вх. № 13287 от 11.04.2016).

Согласно пункту 1 статьи 3 Закона о рекламе, рекламой является информация, распространенная любым способом, в любой форме и с использованием любых средств, адресованная неопределенному кругу лиц и направленная на привлечение внимания к объекту рекламирования, формирование или поддержание интереса к нему и его продвижение на рынке.

В соответствии со статьей 2 Федерального закона от 07.07.2003 № 126-ФЗ «О связи», абонент — пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации; электросвязь - любые излучения, передача или прием знаков, сигналов, голосовой информации, письменного текста, изображений, звуков или сообщений любого рода по радиосистеме, проводной, оптической и другим электромагнитным системам.

Информация, передаваемая посредством использования сетей электросвязи, является индивидуализированной по способу распространения, так как направляется определенным абонентам.

В силу специфики способа распространения по сетям электросвязи, такая индивидуализация, а именно направление рекламы на конкретный телефонный номер

лица, предполагается диспозицией части 1 статьи 18 Закона о рекламе и не является обстоятельством, исключающим рекламный характер распространенного смс-сообщения.

Кроме того, под неопределенным кругом лиц применительно к Закону о рекламе следует понимать тех лиц, которые не могут быть заранее определены в качестве получателей рекламной информации.

При этом, исходя из буквального толкования упомянутой нормы права, следует, что квалифицирующим признаком информации как рекламной является именно ее адресованность неопределенному кругу лиц, но не факт непосредственного доведения названной информации до ее получателей.

В этой связи при разрешении вопроса относительно рекламного характера той или иной информации необходимо исходить, в том числе, из наличия либо отсутствия в тексте такой информации указания на ее конкретного получателя.

Отсутствие в тексте информации какого-либо указания на средства индивидуализации, позволяющие идентифицировать ее получателя, позволяет говорить о том, что названная информация адресована неопределенному кругу лиц, вне зависимости от того, каким количеством лиц она была получена.

В тексте рекламы отсутствуют персональные данные лица, на восприятие которого направлена распространенная информация. Реклама не содержит в себе указания на конкретного адресата, в связи с чем реклама не имеет ограничений по распространению исходя из ее содержания.

В материалах дела не представлено доказательств направления спорного смс-сообщения исключительно в адрес одного физического лица — заявителя.

Согласно пункту 2 статьи 3 Закона о рекламе, объектом рекламирования является товар, средства индивидуализации юридического лица и (или) товара, изготовитель или продавец товара, результаты интеллектуальной деятельности либо мероприятие (в том числе спортивное соревнование, концерт, конкурс, фестиваль, основанные на риске игры, пари), на привлечение внимания к которым направлена реклама.

Согласно пункту 3 статьи 3 Закона о рекламе, под товаром понимается продукт деятельности (в том числе работа, услуга), предназначенный для продажи, обмена или иного введения в оборот.

Исходя из текста сообщения, в котором содержится информация возможности оформить вклад в ПАО «Сбербанк», Комиссия приходит к выводу, что спорная информация направлена на привлечение внимания потенциального потребителя к объекту рекламирования.

Таким образом, информация, распространенная посредством отправки на номер телефона <...>, отвечает всем признакам рекламы: распространена посредством смс-сообщения; адресована неопределенному кругу лиц, поскольку из текста информационного сообщения не представляется возможным установить, для кого именно создано данное сообщение и на восприятие кого оно направлено; направлена на привлечение внимания к объекту рекламирования.

В соответствии с частью 1 статьи 18 Закона о рекламе, распространение рекламы по сетям электросвязи, в том числе посредством использования телефонной, факсимильной, подвижной радиотелефонной связи, допускается только при условии предварительного согласия абонента или адресата на получение рекламы. При этом реклама признается распространенной без предварительного согласия абонента или

адресата, если рекламодатель не докажет, что такое согласие было получено. Рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

Необходимо иметь в виду, что в данном случае под абонентом или адресатом надлежит понимать лицо, на чей адрес электронной почты или телефон поступило соответствующее рекламное сообщение.

Однако Закон о рекламе не определяет порядок и форму получения предварительного согласия абонента на получение рекламы по сетям электросвязи.

Согласно правовой позиции Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, изложенной в пункте 15 постановления Пленума ВАС Российской Федерации от 08.10.2012 № 58 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами Федерального закона «О рекламе», согласие абонента может быть выражено в любой форме, достаточной для его идентификации и подтверждения волеизъявления на получение рекламы от конкретного рекламодателя. Вместе с тем, согласие на получение от конкретного лица информации справочного характера, например, о прогнозе погоды, курсах обмена валют, не может быть истолковано как согласие на получение от этого лица рекламы.

Буквальное толкование указанных положений позволяет сделать вывод о том, что согласие адресата должно быть получено на распространение именно рекламы, а обязанность доказывать наличие такого согласия возложена на рекламодателя.

Согласно представленным материалам, абонент не давал свое согласие на получение рекламы. Более того, заявитель 21.01.2016, 02.02.2016 обращался в ПАО «Сбербанк» с просьбой прекратить распространение рекламы на телефонный номер<...>, что подтверждается скриншотом электронной переписки заявителя с претензионной службой ПАО «Сбербанк».

В соответствии с пунктом 1 статьи 18 Закона о рекламе, рекламодатель обязан немедленно прекратить распространение рекламы в адрес лица, обратившегося к нему с таким требованием.

Из материалов дела установлено, что реклама распространялась 25.02.2016, т. е. после отказа абонента от рекламной рассылки.

Каких-либо документов, свидетельствующих об объективных причинах невозможности выполнить требования заявителя о прекращении распространения на телефонный номер <...> информационных сообщений, в том числе рекламы ПАО «Сбербанк», в материалах дела не представлено.

Согласно данным предоставленными ПАО «МТС» сервисный номер 900 выделен ПАО «Сбербанк» в рамках договора об оказании SMS-услуг № 36/309 от 08.10.2002, заключенного между ПАО «МТС» и ПАО «Сбербанк» (далее - Договор).

ПАО «Сбербанк» приводит довод о том, что спорная реклама распространялась заявителю в связи с его согласием на получение сообщений или рекламно-информационных материалов, которое выражено в рамках заключения договора о выпуске и обслуживании банковских карт при подаче заявления о выдаче международной дебетовой карты Сбербанка России (далее — Заявление).

В соответствии с пунктом 3 Заявления, клиент согласен с тем, что Сбербанк России может использовать информацию, содержащуюся в заявлении, для телефонных обращений, в том числе в автоматическом режиме, для отправки

сообщений или рекламно-информационных материалов.

К данным доводам Комиссия Московского УФАС России относится критически в связи с тем, что предметом договора является выпуск и обслуживание банковской карты ПАО «Сбербанк».

Включение обязательного условия о даче согласия при заключении договора, противоречит принципу добровольности, на котором строятся гражданские правоотношения.

Положение законодательства Российской Федерации о рекламе относительно обязанности распространителя предварительно получить согласие абонента на распространение ему рекламных материалов, в первую очередь, направлено на защиту абонентов от получения нежелательной рекламы.

Согласно представленным документам и сведениям, договор комплексного банковского обслуживания по своей природе является договором присоединения.

В соответствии с пунктом 1 статьи 428 Гражданского кодекса Российской Федерации, договором присоединения признается договор, условия которого определены одной из сторон в формулярах или иных стандартных формах и могли быть приняты другой стороной не иначе как путем присоединения к предложенному договору в целом.

Таким образом, у потенциального клиента банка нет объективной возможности каким-либо образом повлиять на условия договора. Отказ лица от одного из условий такого договора приравнивается к отказу от заключения договора в целом.

Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу, что подобное навязывание клиенту услуг, прямо не связанных с основным предметом договора, не может рассматриваться в качестве надлежащего согласия абонента на получение рекламной информации.

В данном случае у лица, заключившего договор, возникает необходимость для отказа от получения рекламных сообщений совершить ряд дополнительных действий. В то время, когда для их получения достаточно лишь заключить договор. Подобное положение, по мнению Комиссии, прямо противоречит самой цели установленного частью 1 статьи 18 Закона рекламе правила предварительного получения согласия абонента, и нарушает его право на возможность не соглашаться на распространение на его телефон рекламы.

Таким образом, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу, что подобное навязывание клиенту услуг, прямо не связанных с основным предметом договора, не может рассматриваться в качестве надлежащего согласия абонента на получение рекламной информации.

Исходя из вышеизложенного, ПАО «Сбербанк» распространяло рекламу «Константин Константинович, думаете, какой, вклад и в каком Банке выбрать для хранения своих сбережений? Мы поможем Вам выбрать и оформить вклад в любом нашем отделении, или Вы можете сделать это самостоятельно через Сбербанк Онлайн по ставке выше, чем в отделении: <https://online.sberbank.ru/index/do> Ваш Сбербанк» не имея согласия абонента на получение рекламной информации.

Однако, и в отсутствие такого надлежащего согласия, абонент просил не распространять рекламу в его адрес.

Распространение рекламы по сетям электросвязи в отсутствие согласия абонента на ее распространение, а также после требования лица прекратить распространение рекламы является нарушением части 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Согласно пункту 4 статьи 3 Закона о рекламе, реклама, не соответствующая требованиям законодательства Российской Федерации, является ненадлежащей.

Таким образом, распространение спорной рекламы на номер телефона <...> от отправителя 900 с нарушением части 1 статьи 18 Закона о рекламе является ненадлежащим.

В соответствии с частью 7 статьи 38 Закона о рекламе, ответственность за нарушение требований, установленных статьей 18 Закона о рекламе, несут рекламодатель и рекламодатель.

В силу пункта 7 статьи 3 Закона о рекламе, рекламодателем является лицо, осуществляющее распространение рекламы любым способом, в любой форме и с использованием любых средств.

Таким образом, рекламодателем является лицо, осуществляющее фактическое доведение объекта рекламирования до сведения потребителей.

При этом, законодательно установленное определение распространителя рекламы в зависимости от обязательной осведомленности им относительно ее содержания не поставлено.

Исходя из материалов дела № 3-18-157/77-16, указанная реклама распространялась на основании Договора.

Согласно пункту 2.1 Договора, ПАО «Сбербанк» поручает, а ПАО «МТС» принимает на себя обязательства по оказанию SMS-услуг в соответствии с условиями Договора, а ПАО «Сбербанк» обязуется оплачивать их в соответствии с условиями Договора.

В соответствии с пунктом 3.1.1 ПАО «МТС» обязан предоставить ПАО «Сбербанк» доступ к интерфейсу, описание которого изложено в приложениях № 1 и № 2 к Договору. Осуществить настройку интерфейса и оказывать поддержку в его эксплуатации.

Согласно пункту 1 Приложения № 1 к Договору (далее Приложение № 1), ПАО «Сбербанк» использует SMS-услугу для рассылки и получения от пользователей информации, непосредственно связанной с деятельностью ПАО «Сбербанк».

Согласно Приложению № 1, ПАО «Сбербанк» обязан получить от пользователя предварительное согласие на то, что информация, указанная в пункте 1 Приложения № 1, будет присылаться на мобильный телефон.

Комиссией Московского УФАС России установлено, что ПАО «Сбербанк» осуществил распространение рассматриваемой рекламы на телефонный номер <...>. Данный факт ПАО «Сбербанк» не оспаривается.

На основании изложенного, ПАО «Сбербанк» является рекламодателем рекламы «Константин Константинович, думаете, какой, вклад и в каком Банке выбрать для хранения своих сбережений? Мы поможем Вам выбрать и оформить вклад в любом нашем отделении, или Вы можете сделать это самостоятельно через Сбербанк Онлайн по ставке выше, чем в отделении: <https://online.sberbank.ru/index/do> Ваш Сбербанк».

Объективных доводов, свидетельствующих о невозможности соблюдения требований части 1 статьи 18 Закона о рекламе, в том числе в части нераспространения рекламы, законной по содержанию, но не по способу распространения потребителю рекламы, ПАО «Сбербанк» не представлено.

Таким образом, Комиссией Московского УФАС России в действиях ПАО «Сбербанк» установлено нарушение части 1 статьи 18 Закона о рекламе, выразившееся в распространении рекламы без предварительного согласия абонента на ее получение.

Согласно материалам дела, ПАО «МТС» также является рекламодателем спорной рекламы. Однако, заявителем в адрес ПАО «МТС» было направлено письмо с просьбой отключить все рекламные рассылки на номер телефона <...> с любых номеров, за исключением номера 900.

Таким образом, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу об отсутствии объективной возможности прекратить ПАО «МТС» распространение рассылок абоненту телефонного номера <...> с номера 900, а равно об отсутствии в данном конкретном случае оснований считать ПАО «МТС» нарушившим часть 1 статьи 18 Закона о рекламе.

Согласно пункту 44 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, при установлении факта нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе антимонопольный орган в целях прекращения дальнейшего нарушения выдает лицу (лицам), обязанному (обязанным) устранить выявленное правонарушение, предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

Антимонопольный орган обязан предпринять все зависящие от него действия, направленные на пресечение дальнейшего распространения ненадлежащей рекламы (пускай и в незначительно измененном виде, но содержащей тот же типовой объект рекламирования), в целях обеспечения реализации права потребителей на получение добросовестной и достоверной рекламы, предупреждения нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, что обосновано статьями 1, 33, 36 Закона о рекламе.

Предписание само по себе направлено на устранение нарушений, выявленных при рассмотрении конкретного дела, не является мерой ответственности стороны, исходит из выбранного уполномоченным органом способа защиты общественных отношений, исходя из положений Закона о рекламе, а также законных прав потребителей, конкурентов и иных заинтересованных лиц.

На основании изложенного, Комиссия Московского УФАС России приходит к выводу о необходимости выдачи ПАО «Сбербанк», ПАО «МТС» предписаний о прекращении (недопущении дальнейшего) нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, а именно размещения (распространения) рекламы, нарушающей положения Закона о рекламе.

Руководствуясь пунктом 2 части 1 статьи 33, частью 1 статьи 36 Закона о рекламе и в соответствии с пунктами 37-42 Правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе, Комиссия Московского УФАС России

РЕШИЛА:

1. Признать ПАО «Сбербанк» нарушившим часть 1 статьи 18 Закона о рекламе в связи с распространением на телефонный номер <...> ненадлежащей рекламы «Константин Константинович, думаете, какой, вклад и в каком Банке выбрать для хранения своих сбережений? Мы поможем Вам выбрать и оформить вклад в любом нашем отделении, или Вы можете сделать это самостоятельно через Сбербанк Онлайн по ставке выше, чем в отделении: <https://online.sberbank.ru/index/do> Ваш Сбербанк», поступившей 25.02.2016 в 11:20, отправитель 900.

2. Выдать ПАО «Сбербанк» предписание о прекращении нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

3. Выдать ПАО «МТС» предписание о недопущении дальнейшего распространения ненадлежащей рекламы.

4. Прекратить производство по делу в отношении АО «СмартКардЛинк», в связи с неподтверждением в действиях Общества в ходе рассмотрения дела наличия фактов нарушения законодательства Российской Федерации о рекламе.

5. Передать материалы дела уполномоченному должностному лицу Московского УФАС России для возбуждения дела об административном правонарушении, предусмотренном статьей 14.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Решение может быть обжаловано в арбитражный суд в порядке, предусмотренном статьей 198 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации.

Председатель Комиссии

Н.В. Орлов

Члены Комиссии

П.В. Олейник

А.А. Устинова

Исполнитель: Устинова А.А.

8 (495) 784-75-05. (доб. 154)